Bürgschaft und Verpfändung auf Zeit.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

Julius Viertel.

Breslau 1910.

Druck der Breslauer Genossenschafts-Buchdruckerei, E. G. m. b. H.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät
der Universität Breslau.

Referent: Prof. Dr. Schott.
Korreferent: Prof. Dr. Leonhard.

Meiner lieben Frau.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543102_0070

Literaturverzeichnis.

Arndts, Pandekten. 1889.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. 2. Aufl.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des B.G.B. Bd. 1, 1903.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1, 2, 1900. Bd. 2, 1902.

Dernburg, Pandekten. 5. Aufl. 1897.

" Das B.G.B.

Endemannn, Lehrbuch des bürgerl. Rechts. 1903.

Geib, Zur Dogmatik des röm. Bürgschaftsrechts. 1894.

Girtanner, Die Bürgschaft nach gemeinem Zivilrecht.

Goldmann u. Lilienthal, Das B.G.B. systematisch dargestellt.

Hasenbalg, Die Bürgschaft des gemeinen Rechts.

Herms, Die Bürgschaft nach dem B.G.B. Diss. 1900.

Kaufmann, Sally, Die Diligenzpflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen nach heutigem Recht. Diss. 1909.

Kipp, Rechtswahrnehmung und Reurecht in der Festgabe der Jur. Gesellschaft zu Berlin für Koch.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B.G.B. 1898.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1899.

Müller, Die Haftung des Bürgen im B.G.B. Diss. 1904.

Neumann, Handausgabe des B.G.B. 1903.

Oertmann, Kommentar zum B.G.B. 1899.

Planck, Das B.G.B. 1903.

Schneider, Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse des B.G.B. 1902.

Scherer, Recht der Schuldverhältnisse.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse. 1897.

Staudinger, Kommentar zum B.G.B. 3. u. 4. Aufl.

Striethorst, Archiv für Rechtsfälle. Bd. 8 u. 47.

Weyl, System der Verschuldensbegriffe im B.G.B. für das Deutsche Reich. 1905.

Außerdem:

Motive zum Entwurf eines B.G.B. Amtl. Ausg., 1896.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des B.G.B.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.

Inhalt.

		Seite
§ 1.	Die geschichtliche Entwicklung der Bürgschaft auf Zeit	7—13
§ 2.	Voraussetzungen der Bürgschaft des § 777 B.G.B.	13—18
§ 3.	Unterschiede zwischen der Allgemeinen Bürgschaft und der Bürgschaft auf Zeit	
	a) In der Art der Beitreibung	18—28
	b) Im Umfang der Haftung	28—29
§ 4.	Abweichende Parteivereinbarungen	29—30
§ 5.	Verpfändung auf Zeit	30—33

§ 1.

Die geschichtliche Entwicklung der Bürgschaft auf Zeit.

Die §§ 765 — 778 des B.G.B. handeln von dem Bürgschaftsvertrage.

Unter diesen nimmt der § 777 insofern eine besondere Stellung ein, als die darin getroffenen Bestimmungen nur für eine besondere Art der Bürgschaft, nämlich für die auf eine bestimmte Zeit für eine bestehende Verbindlichkeit übernommene Bürgschaft Anwendung finden.

Im folgenden will ich nun eine kurze geschichtliche Entwicklung dieser Bürgschaft auf Zeit aus früheren Rechten geben, ihre Besonderheiten und Abweichungen von der gewöhnlichen Bürgschaft darlegen und in Anlehnung an die Reichsgerichtsentscheidung in Bd. 68 S. 141 ff. prüfen, ob und inwieweit sich die Bestimmungen in § 777 auf die Verpfändung analog anwenden lassen.

Schon die ältesten Formen der Bürgschaft im römischen Recht, sponsio und fideipromissio, sind streng genommen als Zeitbürgschaften anzusprechen, da sie beide auf die Lebenszeit des Bürgen beschränkt[1]) und auf die Erben nicht übertragbar waren.

Eine weitere und recht enge zeitliche Begrenzung erhielten diese beiden Bürgschaftsarten durch die lex Furia de sponsu (ca. 345 v. Chr.), die bestimmte, daß sponsio

[1]) Nur wenn der fideipromissor ein Peregrine war, konnten die Erben ausnahmsweise haften. Gaius III, 120.

und fideipromissio mit Ablauf von zwei Jahren, von der Eingehung an gerechnet, erlöschen sollten. Diese lex fand jedoch keine Anwendung auf die erst später entstehende fideiussio, die nun zeitlich unbegrenzt war und auf die Erben überging. Dies hinderte aber nicht, daß auch bei der fideiussio eine zeitliche Begrenzung vereinbart werden konnte.

So finden wir z. B. in l. 27 C. VIII, 41 einen Fall einer auf bestimmte Zeit eingegangenen Bürgschaft erörtert, ohne daß jedoch dort besondere, von der gewöhnlichen Bürgschaft abweichende Bestimmungen getroffen wären.

Auch im gemeinen Recht trat in jedem Falle einer auf Zeit beschränkten Bürgschaft die Auslegung des Richters mit Rücksicht auf den Parteiwillen in Wirkung.

Bei dieser Auslegung ergaben sich notwendigerweise Schwierigkeiten, da mehrere Möglichkeiten dafür, auf welches Ereignis die Zeitbestimmung zu beziehen ist, bestehen. So kann es sich um eine Bürgschaft für Forderungen aus bestimmter Zeit oder um eine Bürgschaft für bestimmte Zeit handeln.. Ersterer Fall liegt z. B. dann vor, wenn A sich für die Forderungen des B gegen C, die bis zum 1. 4. entstehen, verbürgt hat. Hier ist die Bürgschaft nicht zeitlich begrenzt, sondern ihrem Umfange nach. Der Bürge haftet auch nach dem 1. 4., und nur für die Höhe seiner Verpflichtung ist dieser Zeitpunkt maßgebend.

Anders liegt die Sache, wenn A bis zum 1. 4. die Bürgschaft für die Forderung des C gegen B übernommen hat. Hier haben wir es mit einer Bürgschaft für eine bestimmte Zeit, nämlich von der Eingehung bis zum 1. 4., zu tun; nach dem Termin will der Bürge aus dem Bürgschaftsvertrage nicht mehr verpflichtet sein.

Mit Rücksicht auf diese zeitliche Begrenzung der Bürgschaft dürfte es nun fraglich sein, was eigentlich bis zum 1. 4. eingetreten sein muß, damit der Gläubiger seine Rechte gegenüber dem Bürgen geltend machen kann.

Man könnte z. B. der Ansicht sein, es sei erforderlich, daß der Gläubiger dem Bürgen innerhalb dieser Zeit die

Anzeige machen müsse, daß er ihn in Anspruch nehmen werde.

Oder aber man könnte sich auf den Standpunkt stellen, der Bürge müsse innerhalb der Frist sogar verklagt, wenn nicht verurteilt sein. Letzteres dürfte jedoch nicht gefordert werden können, da bereits durch die Klageerhebung Rechtshängigkeit eingetreten ist und das Urteil sich auf den Zeitpunkt der Klageerhebung zurückbezieht.

Andererseits ist es wiederum möglich, diese zeitliche Begrenzung der Verpflichtung aus der Bürgschaft dahin auszulegen, daß der Bürge ohne weiteres haftet, wenn der Schuldner nicht bis zum Ablauf der Frist gezahlt hat. Dabei könnte wieder als erheblich angesehen werden, ob zur Begründung der Zahlungsverpflichtung des Bürgen die einfache Nichtzahlung genügt, oder aber ob auch die Zahlungsunfähigkeit feststehen müsse.

Schließlich kann noch in Frage kommen, ob die Befristung der Bürgschaftserklärung dem Bürgen nicht das Recht gibt zu verlangen, daß der Schuldner innerhalb dieser Zeit gerichtlich in Anspruch genommen werde. Dabei ist weiter in Betracht zu ziehen, ob es bis zum Ablauf der Bürgschaftszeit zur Erzielung eines Urteils und eventuell dessen erfolgloser Vollstreckung gekommen sein müsse, oder ob Klageerhebung genüge.

Welche von diesen verschiedenen Auffassungen über die zeitliche Begrenzung die herrschende war, läßt sich nicht entscheiden, da Literatur über diese Frage nur spärlich vorhanden ist. Jedenfalls ist eine Übereinstimmung wohl nicht erzielt worden.

Eine Ansicht wird von Hasenbalg vertreten. Er meint,[1]) daß in dem Falle der Bürgschaft auf bestimmte Zeit für eine bestehende Verbindlichkeit — nur dieser Fall hat hier für uns Interesse — der fideiussor durch die Erklärung „bis zum 1. Januar 1866 haften zu wollen“ nichts anderes sagen wollte als dies, er lasse sich nur bis zu diesem Zeitpunkte belangen, über diesen Zeitpunkt hinaus ruhe die betreffende

[1]) S. 237 ff.

Verbindlichkeit nicht mehr auf ihm. Werde er nach dem 1. Januar 1866 angegriffen, so stelle er in Abrede, die fragliche Verbindlichkeit noch zu schulden. Der Gläubiger könne nur dadurch diesem ungünstigen Erfolge entgehen, daß er rechtzeitig, d. h. vor diesem Zeitpunkte Erfüllung vom fideiussor verlange.

Durch diese Ausführung hat sich Hasenbalg in Widerspruch mit der Rechtsprechung gesetzt, welche die Zeitbestimmung nur auf den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners bezieht. In diesem Sinne führt das Obertribunal zu Stuttgart in einem Urteile vom Jahre 1848 folgendes aus:[1]) In der Eingehung der Bürgschaft liege die Übernahme einer eventuellen Verbindlichkeit zur Zahlung für den Fall einer eintretenden Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners. Daher entscheide der Zeitpunkt, in welchem der Hauptschuldner zahlungsunfähig werde, über die Haftpflicht des Bürgen. Sei dieses Ereignis während des Zeitraumes eingetreten, für den die Bürgschaft übernommen wurde, so werde hierdurch die Verbindlichkeit des Bürgen begründet, ohne daß es einer Klageerhebung während jener Zeitfrist bedürfe. Sei aber die Verbindlichkeit einmal eingetreten, so könne sie nicht dadurch wiederum erlöschen, daß von dem Gläubiger nicht alsbald und nicht vor Ablauf der Zeitfrist Klage erhoben worden sei; jedem Berechtigten stehe es frei, sein Klagerecht während der ganzen Verjährungszeit zu verfolgen; nur wenn der Bürge ausdrücklich erklärt habe, daß er nach Ablauf einer bestimmten Zeit nicht mehr in Anspruch genommen werden dürfe, würde mit diesem Zeitpunkte das Klagerecht erlöschen.

Die Hasenbalgsche Ansicht scheint mir jedoch mehr dem Zwecke der Zeitbürgschaft zu entsprechen.

Die ersten besonderen Bestimmungen über die Bürgschaft auf Zeit enthält das Allgemeine Landrecht.

---

[1]) Seuffert, Bd. III, No. 170.

In Teil I, 14 § 320 wird bestimmt, daß die auf eine bestimmte Zeit übernommene Bürgschaft für ein Darlehn erlischt, wenn nicht der Gläubiger spätestens am dritten Tage nach Eintritt des Termins (wozu noch dem auswärtigen Gläubiger die nötige Zeit des Postenlaufs zugerechnet werden soll, § 321) gegen den Schuldner geklagt oder nicht die vorher angestellte Klage fortgesetzt hat.

Es ist also hier dem Gläubiger noch nach Ablauf der ursprünglich gesetzten Zeit eine Frist von drei Tagen zur Klageerhebung gegeben.

Gleichzeitig ergibt sich aus dem Wortlaut des § 320 — der übrigens nicht bloß auf die Bürgschaft für ein Darlehn, sondern für alle einseitigen, durch einmalige Leistung zu erfüllenden Schuldverpflichtungen Anwendung findet, vgl. Striethorst, Archiv für Rechtsfälle, Bd. 8 S. 375 — daß die Schuld bei Zeitablauf auch fällig sein muß, andernfalls ja der Gläubiger nicht Klage erheben kann. Es muß daher der Gläubiger, falls die Fälligkeit sich nicht von selbst versteht, auch rechtzeitig kündigen.

Ähnliche Bestimmungen für den Fall der zeitlich beschränkten Bürgschaft sind im Sächsischen B.G.B. § 1467 und im Schweizerischen Obligationenrecht Art. 502 enthalten.

In diesen beiden Rechten sind allerdings die Fristen, welche dem Gläubiger noch nach Ablauf der betreffenden Zeit zur Geltendmachung seiner Rechte gegeben sind, bedeutend länger bemessen. So wahrt sich im Sächsischen Recht der Gläubiger den Anspruch gegen den Bürgen, wenn er innerhalb von 30 Tagen nach Ablauf der Zeit die Klage gegen den Hauptschuldner oder den Bürgen bei Gericht anhängig macht, im Schweizerischen Recht, wenn er binnen 4 Wochen nach Ablauf der Zeit seine Forderung rechtlich geltend macht, d. h. wenn die Anhebung der Klage oder Schuldexekution innerhalb dieser Frist erfolgt.

Auch hier wird die Forderung, wenn nicht schon bei Ablauf der ursprünglichen Zeit, spätestens bei Ablauf dieser Nachfristen fällig, bezw. die Fälligkeit durch Kün-

digung herbeigeführt sein müssen, da ja anderenfalls die Klageerhebung nur zur Abweisung führen würde.

Gemeinsam ist allen diesen Sonderbestimmungen über die Bürgschaft auf Zeit der Gedanke, daß der Gläubiger innerhalb der Bürgschaftszeit oder nicht zu spät nach Ablauf derselben den Hauptschuldner belangen muß, widrigenfalls die Bürgschaft erlischt.

Wir wenden uns nun dem heutigen Rechte zu.

Der erste Entwurf des B.G.B. stand einer besonderen Regelung der auf Zeit beschränkten Bürgschaft durchaus ablehnend gegenüber. In den Motiven Bd. II S. 681 heißt es darüber:

„Wie eine solche (Zeit-)Beschränkung zu verstehen sei, läßt sich unter Umständen allerdings nur schwer bestimmen. Bezweckt die Bürgschaft, dem Hauptschuldner für eine künftige Forderung Kredit zu verschaffen, bezieht sie sich namentlich auf künftige Ansprüche, welche aus einem dauerndem Verhältnisse zwischen Gläubiger und Schuldner entspringen werden, so ist meist die Bedeutung der Beschränkung unschwer zu ermitteln. Es liegt die Auslegung nahe, der Bürge wollte nur für diejenige Forderung oder diejenigen Ansprüche die Bürgschaft übernehmen, welche innerhalb der festgesetzten Bürgschaftszeit zur Entstehung gelangen. In den anderen Fällen (z. B. Übernahme der Bürgschaft für eine schon bestehende Schuld auf eine gewisse Zeit) unterliegt dagegen die Deutung einer der Bürgschaft beigefügten Zeitbeschränkung in Ermangelung eines für die Auslegung maßgebenden Anhaltspunktes häufig den erheblichsten Zweifeln."

Diesen Standpunkt des ersten Entwurfs hat jedoch die zweite Kommission aufgegeben und durch Einschiebung des § 777 besondere Bestimmungen für die Bürgschaft auf bestimmte Zeit für eine bestehende Verbindlichkeit geschaffen. Sie ging hierbei von der Erwägung aus,[1]) daß die Fälle dieser Art nicht selten sind, die Parteien sich

[1]) Protok., Bd. II S. 485.

über die Bedeutung der Abrede nicht klar zu werden pflegen und daher eine ihren Willen ergänzende Vorschrift notwendig sei.

§ 2.

Voraussetzungen der Bürgschaft des § 777 B.G.B.

§ 777 B.G.B. lautet:

„Hat sich der Bürge für eine bestehende Verbindlichkeit auf eine bestimmte Zeit verbürgt, so wird er nach dem Ablauf der bestimmten Zeit frei, wenn nicht der Gläubiger die Einziehung der Forderung unverzüglich nach Maßgabe des § 772 betreibt, das Verfahren ohne wesentliche Verzögerung fortsetzt und unverzüglich nach der Beendigung des Verfahrens dem Bürgen anzeigt, daß er ihn in Anspruch nehme. Steht dem Bürgen die Einrede der Vorausklage nicht zu, so wird er nach dem Ablauf der bestimmten Zeit frei, wenn nicht der Gläubiger ihm unverzüglich diese Anzeige macht.

Erfolgt die Anzeige rechtzeitig, so beschränkt sich die Haftung des Bürgen im Falle des Abs. 1 Satz 1 auf den Umfang, den die Hauptverbindlichkeit zur Zeit der Beendigung des Verfahrens hat, im Falle des Abs. 1 Satz 2 auf den Umfang, den die Hauptverbindlichkeit bei dem Ablauf der bestimmten Zeit hat.“

1. Zeit.

Aus den Wendungen „auf bestimmte Zeit“ und „für eine bestehende Verbindlichkeit“ ergibt sich die Ausnahmestellung des § 777; nur für diese Art der Bürgschaft finden seine Bestimmungen Anwendung. Der Bürgschaftsvertrag ist an und für sich von unbegrenzter Dauer, er ist das einzige auf Dauer berechnete Schuldverhältnis des B.G.B., bei welchem die Möglichkeit einer Beendigung durch gesetzliche Kündigungsbestimmungen nicht gegeben ist. Ein gesetzliches Kündigungsrecht ist ja auch für den

Bürgen entbehrlich, da er durch Erfüllung der Verbindlichkeit jederzeit in der Lage ist, seiner Haftung ein Ziel zu setzen (§ 774).

Was heißt nun Bürgschaft auf bestimmte Zeit?

Sie liegt stets dann vor, wenn der Bürge erklärt, nur bis zum Ablauf einer bestimmten Zeitdauer haften zu wollen, wenn er also einen Endtermin, einen dies certus ad quem setzt, welcher als Grenze für seine Haftung angesehen werden soll.

Dieser Termin kann beliebig weit hinausgeschoben sein. So ist z. B. eine Bürgschaft auf bestimmte Zeit auch darin zu erblicken, daß der Bürge erklärt, bis zu seinem Tode haften zu wollen. Es ist also nicht einmal notwendig, daß ein von vornherein bestimmter, festliegender Termin als Grenze angegeben ist (dies certus an et quando), sondern es ist lediglich erforderlich, daß der Termin, bis zu welchem der Bürge haften will, überhaupt nach menschlichem Ermessen einmal eintritt.

Andererseits aber wird ein dies certus ad quem im Sinne dieses Paragraphen nicht schon dann vorliegen, wenn ein Fälligkeitstermin für die Hauptschuld festgesetzt ist. Diese Ansicht hat bereits das Oberlandesgericht Dresden in seinem Urteil vom 6. Februar 1902 vertreten und zwar unter der Begründung,[1]) daß die Festsetzung eines bestimmten Verfalltages für die in Geld zu entrichtende Hauptschuld nicht als eine Beschränkung der letzteren auf eine bestimmte Dauer, sondern vielmehr als eine Verschärfung derselben in bezug auf den Eintritt des Verzuges anzusehen sei, und daß dadurch die Schuld nicht aufgehoben, sondern perpetuiert, nicht gemindert, sondern erhöht werde. Es könne daher bei einer Bürgschaft für eine zu einer bestimmten Zeit zahlbaren Geldschuld von einer Beschränkung des Bürgschaftsvertrages auf eine bestimmte Zeit überhaupt nicht die Rede sein.

[1]) Sächs. Archiv, Bd. 12 S. 498.

Wenn oben ausgeführt, daß dem Bürgen kein gesetzliches Kündigungsrecht gegeben sei, so soll damit keineswegs gesagt sein, daß etwa eine Parteiabrede darüber, daß die Bürgschaft kündbar sein soll, unzulässig wäre. Eine derartige Vereinbarung ist vielmehr sehr wohl möglich und rechtsgültig, und es wird hierin nichts anderes als eine besondere Art der auf bestimmte Zeit beschränkten Bürgschaft zu erblicken sein. Solange der Bürge von dem ihm zustehenden Kündigungsrechte keinen Gebrauch gemacht hat, haftet er wie jeder andere Bürge, d. h. mit unbeschränkter Dauer, hat er gekündigt, dann handelt es sich von diesem Kündigungstage an um eine Bürgschaft auf bestimmte Zeit, bis zum Ablauf der Kündigungsfrist.

2. Art der Forderung.

Die zweite Voraussetzung für die Anwendung des § 777 ist nun, daß die Bürgschaft für eine bestehende Verbindlichkeit übernommen ist, d. h. bei Übernahme der Bürgschaft muß die Verbindlichkeit des Hauptschuldners gegenüber dem Gläubiger bereits bestanden haben.

An sich kann eine Bürgschaft auch für zukünftige, erst in Zukunft entstehende Verbindlichkeiten übernommen werden (§ 765 B.G.B.). Eine zeitliche Begrenzung auch dieser Bürgschaft ist sehr wohl denkbar und möglich. Aber in § 777 handelt es sich nur um Zeitbürgschaft für bereits bestehende Verbindlichkeiten. So fällt nicht hierunter die Form der Bürgschaft für zukünftige Verbindlichkeiten, in der sich diese am häufigsten zeigt, die sogenannte Kreditbürgschaft, d. h. die Bürgschaft für Beträge, welche der Schuldner dem Gläubiger erst nach der Bürgschaftsleistung schuldig wird und welche ihren Grund in einem zwischen beiden bestehenden Kreditverhältnis haben.

Ist hierbei eine Zeitbeschränkung aufgenommen, so muß man die Absicht der Parteien beim Vertragsabschluß als maßgebend dafür ansehen, welche Wirkung und Bedeutung dieser Zeitbeschränkung beizulegen ist. Im allgemeinen wird der Bürge nur für diejenigen Ansprüche

haften, welche in der vereinbarten Zeit entstanden sind. Also nur eine Beschränkung des Umfanges der Haftung des Bürgen dürfte durch die Zeitbestimmung erstrebt sein, während die Dauer der Haftung durchaus nicht dadurch begrenzt werden soll. Der Bürge haftet hier vielmehr, bis die Verbindlichkeit erloschen ist.[1]) Der Zweck dieser Bürgschaft ist lediglich der, dem Schuldner dadurch eine Hilfe zu bringen, daß sie ihm einen Kredit eröffnet. Bei der Bürgschaft des § 777 ist dagegen der Hauptzweck darin zu erblicken, dem Schuldner eine bestimmte Zeit Kredit zu gewähren, z. B. dem in Zahlungsschwierigkeiten geratenen Schuldner Zeit zu lassen, sich wieder zu erholen; gleichzeitig will sich aber auch der Bürge schützen, er will kein zu großes Risiko übernehmen, sondern seine Haftung in der Weise beschränken, daß er nach Ablauf einer bestimmten Zeit frei wird, zum mindesten weiß, ob er in Anspruch genommen wird oder nicht.

Während auf die Bürgschaft für zukünftige Verbindlichkeiten der § 777 keine Anwendung findet, dürfen wir andererseits den Begriff „bestehende" Verbindlichkeit nicht zu eng fassen. So hat das Reichsgericht[2]) dahin entschieden, daß eine Bürgschaft, die für eine als schon bestehend vorausgesetzte Schuld übernommen wird, auch dann rechtsverbindlich ist, wenn zur Zeit der Übernahme dem Hauptschuldner einstweilen noch eine Einrede zur Seite stand und diese nachher weggefallen ist.

Wir können daraus den Schluß ziehen, daß eine solche Bürgschaft, wenn sie auf eine bestimmte Zeit eingegangen ist, unter den § 777 fällt, vorausgesetzt, daß die dilatorische Einrede vor Ablauf der Zeit wegfällt.

Auch anfechtbare Forderungen sind im Sinne dieser Vorschrift bestehende Forderungen, wie schon ein Ver-

[1]) Mot., Bd. 2 S. 681; Prot., Bd. 2 S. 485; Fischer-Henle, Note 1 zu § 777; Planck, Bd. 2 zu § 777; Goldmann-Lilienthal, Bd. 1 § 212 Anm. 4; R.G.E. in J. W. 1906 S. 229.

[2]) Bd. 68 S. 302.

gleich mit § 770 B.G.B. ergibt. Solange der Hauptschuldner von seinem Anfechtungsrechte keinen Gebrauch gemacht hat, besteht die Schuld, und dem Bürgen steht lediglich eine dilatorische Einrede zur Seite; er schuldet die Forderung immerhin schon, er kann nur das Erfüllenmüssen hinausschieben.

Macht der Hauptschuldner vor Zeitablauf Anfechtung geltend, dann erlischt die Hauptschuld und mit ihr die Bürgschaft. Macht er erst nach Ablauf der Zeit von seinem Rechte Gebrauch, dann kann die Zeitbestimmung nicht etwa zum Schaden des Bürgen ausgelegt werden und der Gläubiger nicht etwa behaupten, daß während der Zeit die Forderung bestanden hat. Denn auch nach Ablauf der Zeit ist die Bürgschaft eine akzessorische Schuld, die mit nachträglichem Wegfall der Hauptschuld des Rechtsgrundes ermangelt und daher erlischt. Selbst der Bürge, der nach Ablauf der Zeit in Unkenntnis des Anfechtungrechtes geleistet hat, kann mittels einer condictio ob causam finitam seine Leistung zurückfordern, wenn der Hauptschuldner noch nachträglich anficht.

Es ist hier noch darauf hinzuweisen, daß die Bürgschaft im Sinne des § 777 für bestehende Forderungen jeder Art übernommen werden kann. Falsch wäre es, aus den Worten „die Einziehung der Forderung nach Maßgabe des § 772 betreiben“ etwa zu schließen, daß § 777 nur bei Bürgschaften für Geldforderungen Anwendung finden dürfte. Viel näher liegt die Auslegung, daß bei Bürgschaften letzterer Art weitere Zwangsvollstreckungsmaßregeln, als im § 772 bestimmt, nicht erforderlich sind, und daß bei anderen Bürgschaften vom Gläubiger eine andere nach Maßgabe der Z.P.O. zulässige Zwangsvollstreckungsmaßregel zu versuchen ist.[1])

Nachdem ich bisher klargelegt habe, welcher engere Begriff der Bürgschaft im § 777 seine Regelung gefunden hat, wollen wir nun weiter sehen, in welchen Punkten

[1]) Planck zu §§ 772, 777.

sich diese Bürgschaft von der Allgemeinen Bürgschaft unterscheidet.

§ 3.

Unterschiede zwischen der Allgemeinen Bürgschaft und der Bürgschaft auf Zeit.

a) In der Art der Beitreibung.

1. Diligenzpflicht.

Verschieden ist zunächst die Frage der Diligenzpflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen behandelt.

An und für sich gibt die Bürgschaft des B.G.B. als einseitiger[1]) Vertrag dem Gläubiger Rechte, legt ihm aber gegenüber dem Bürgen keine Verpflichtungen auf. Er hat keine Verpflichtung, die Interessen des Bürgen wahrzunehmen, bei der Geltendmachung seiner Forderung bezw. bei der Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner mit irgendwelcher Sorgfalt vorzugehen. Seine Rechte werden im allgemeinen davon nicht berührt, daß er dem Hauptschuldner gegenüber Nachsicht übt, selbst eine dem Hauptschuldner seitens des Gläubigers gewährte Stundung steht dem Bürgschaftsanspruche nicht entgegen. Es ist eine „Diligenzpflicht" des Gläubigers gegenüber dem Bürgen der allgemeinen Bürgschaft unbekannt. Dies haben bereits die Motive betont, indem es dort Bd. 2 S. 678 ff. heißt:

„Gemäß dem Wesen und dem juristischen Begriffe der Bürgschaft läßt sich nicht behaupten, daß die Rechte des Gläubigers von einem gewissen Verhalten desselben abhängen und ihm mindestens zur Bewahrung seiner Rechte eine bestimmte Diligenzpflicht von größerem oder geringerem Umfange obliege. Die Diligenzpflicht des Gläubigers wird

[1]) Legt der Bürgschaftsvertrag dem Gläubiger Verpflichtungen auf, z. B. Leistung einer Prämie, dann trägt er gleichzeitig den Charakter eines Versicherungsvertrages und ist als zweiseitiger, beide Parteien berechtigender und verpflichtender Vertrag anzusehen.

auch ohne Grund aus den beiden Rechtswohltaten der Vorausklage und des Eintrittes in die Rechte des befriedigten Gläubigers hergeleitet. . . . Endlich läßt sich aus dem in § 359 (dem § 157 B.G.B.) anerkannten Prinzipe über die bei der Erfüllung der Verträge zu nehmende Rücksicht auf Treu und Glauben keine so weit gehende Diligenzpflicht des Bürgen ableiten, wie solches vielfach in der Doktrin und zum Teil in der Gesetzgebung aufgestellt ist. Eine bestimmte Abgrenzung der allgemeinen Diligenzpflicht wäre doch nicht angängig, weil stets praktische Bedenken damit verknüpft blieben. Der Entwurf verneint deshalb die Diligenzpflicht in Übereinstimmung mit dem älteren römischen Recht gänzlich, bis auf die in § 679 (§ 776 B.G.B.) enthaltene Bestimmung."

Hierzu bemerken die Protokolle (Bd. 2 S. 481):

„Gegen die Verneinung einer Diligenzpflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen wurde nichts erinnert."

Auch Rechtsprechung[1]) und Rechtswissenschaft[2]) haben stets übereinstimmend das Bestehen einer Diligenzpflicht als unvereinbar mit dem Wesen der Bürgschaft verneint. Sie gehen hierbei von der richtigen Erwägung aus, daß der Gläubiger, dem sein Schuldner zahlungsfähig und sicher erscheint, keinen Bürgen verlangen wird. Der Bürge seinerseits wird sich dies gleichfalls sagen, und er muß daher stets von vornherein rechnen, an Stelle des Hauptschuldners die Verbindlichkeit erfüllen zu müssen, es besteht jederzeit für den Bürgen die Gefahr, in Anspruch genommen zu werden. Lediglich drei Schutzmittel stehen ihm im Falle der Lässigkeit des Gläubigers zur Seite:

1. Der Bürge könnte, falls die Voraussetzungen des § 775 dazu kommen, Befreiung vom Hauptschuldner verlangen.

---

[1]) O.L.G. München im Recht 1904 S. 139.
" Colmar " " 1907 S. 377.
R.G.E. " " 1907 S. 1401.

[2]) Staudinger, Anm. 2 zu § 776; Oertmann, § 776; Planck, Anm. 1 zu § 776; Kuhlenbeck, Bd. 2 S. 329; Neumann, § 776 Note 1a.

2. Er könnte den Gläubiger befriedigen und sich mittels der kraft Gesetzes auf ihn übergegangenen Gläubigerforderung an dem Hauptschuldner schadlos halten.
3. Er hat dem Gläubiger gegenüber den Schutz des § 826 B.G.B.

Man kann jedoch diesem Schutz des Bürgen nur eine geringe Bedeutung beimessen, denn nur in ganz wenigen Fällen wird sich ihm daraufhin die Möglichkeit bieten, sich von seiner Verpflichtung ohne Geldverlust zu befreien.

Während also für die allgemeine Bürgschaft dem B.G.B. eine Diligenzpflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen unbekannt ist, läßt sich nicht leugnen, daß für die Bürgschaft auf Zeit dem Gläubiger gegenüber dem Bürgen gewisse Verpflichtungen auferlegt sind.

Ist für die Wirkung eines Rechtsgeschäfts bei dessen Vornahme ein Endtermin gesetzt worden, dann endigt die Wirkung mit Eintritt des Endtermins. (§ 163, 158 Abs. 2 B.G.B.) Diese allgemeine Vorschrift über die Beendigung der Wirkung eines Rechtsgeschäfts durch Eintritt eines Endtermins gilt grundsätzlich auch für die Bürgschaft auf Zeit, d. h. der Bürge wird mit dem Ablauf der Zeit frei. Diese Befreiung kann jedoch der Gläubiger hindern, muß zu diesem Zwecke aber verschiedene Verpflichtungen erfüllen. Diese Pflichten sind verschieden, je nachdem dem Bürgen die Einrede der Vorausklage zusteht oder nicht.

Im ersteren Falle bleibt der Bürge nur dann beim Eintritt des Endtermins neben dem Hauptschuldner aus dem Bürgschaftsvertrage verpflichtet, wenn der Gläubiger die Einziehung der Forderung unverzüglich nach Maßgabe des § 772 betreibt, das Verfahren ohne wesentliche Verzögerung fortsetzt und unverzüglich nach Beendigung des Verfahrens dem Bürgen anzeigt, daß er ihn in Anspruch nehme.

Der Gläubiger hat also zunächst die Einziehung der Forderung gemäß § 772 vom Hauptschuldner zu betreiben.

2. Unverzüglichkeit.

Dieses Einziehen der Forderung — Erwerb eines vollstreckbaren Titels gegen den Hauptschuldner, Zwangsvollstreckung in die beweglichen Sachen — haben „unverzüglich" zu erfolgen. Was unter unverzüglich zu verstehen ist, lehrt uns § 121 B.G.B., es ist ein Handeln ohne schuldhaftes Zögern, ein nach den Umständen des Falles zu bemessendes schleuniges Handeln. Späteres Handeln ist nur dann wirksam, wenn die Verspätung auch bei Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt unabwendbar war. Der Gläubiger hat bei Eintreibung der Forderung jedes Verschulden zu vermeiden, eventuelles Verschulden seines Vertreters muß er gegen sich gelten lassen, er muß alles versuchen, schleunigst vom Hauptschuldner Befriedigung zu erlangen. In gleicher Weise unverzüglich hat nach Beendigung des Verfahrens die Anzeige an den Bürgen zu erfolgen. Bei der Fortsetzung des Verfahrens hat der Gesetzgeber den Ausdruck „ohne wesentliche Verzögerung" gebraucht.

Weyl[1]) will in dem Wechsel des Ausdrucks die Absicht des Gesetzgebers erkennen, bei der Fortsetzung des Verfahrens das subjektive Moment ganz und gar auszuscheiden und lediglich das rein objektiv geartete der für den Ausgang erheblichen Zögerung an seine Stelle zu setzen. Dieser Ansicht kann ich mich nicht anschließen. Aus den Protokollen[2]) geht hervor, daß man auch hier anfangs an die Einfügung des Begriffes „schuldhaft", „ohne schuldhafte erhebliche Unterbrechung fortsetzen" gedacht hatte. Wenn später im Gesetz an diese Stelle der Ausdruck „ohne wesentliche Verzögerung" gesetzt wurde, dann kann man wohl mit Recht annehmen, daß man dies lediglich aus stilistischen Gründen getan hat und diesem Ausdruck derselbe Sinn wie „unverzüglich" beizulegen ist. Hätte man dies nicht gewollt, dann wäre es wohl noch ausdrücklich erwähnt worden.

[1]) Seite 25 ff.

[2]) Prot., II Seite 483, VI S. 198.

3. Einziehen.

Das Einziehen der Forderung stellt sich einfach dar, wenn die Forderung bereits fällig ist. In diesem Falle stehen der Eintreibung keine Bedenken entgegen.

Was geschieht nun aber mit einer Forderung, die noch nicht fällig ist. Das Gesetz schweigt hierüber. In der Literatur machen Cosack[1]) und Staudinger[2]) bei Erörterung dieser Frage einen Unterschied, je nachdem dem Gläubiger ein Kündigungsrecht zusteht oder nicht. Sie sind der Ansicht, daß die Bürgschaft sofort untergehe, wenn dem Gläubiger kein Kündigungsrecht zusteht. Dagegen werde die Bürgschaftszeit um die volle Dauer der Kündigungsfrist verlängert, wenn dem Gläubiger die Möglichkeit gegeben ist, die Fälligkeit der Hauptschuld durch Kündigung bei Zeitablauf zu erreichen. Meines Erachtens geht diese Auslegung zu weit. Das „Betreiben der Einziehung einer Forderung" ist ein Ausdruck, der uns nirgends im B.G.B. wieder begegnet. Aber aus dem Wortlaut und Sinne möchte ich den Schluß ziehen, daß es sich im § 777 nur um Forderungen handeln kann, die bei Ablauf der Bürgschaftszeit fällig sind. Denn unter das „Einziehen" der Forderung kann nicht das Kündigen fallen. Es muß vielmehr die Forderung bei Ablauf der Frist „einziehungsfähig" d. h. fällig sein. Es ist auch durchaus nicht ersichtlich, warum man zwischen unkündbaren und kündigungsfähigen Forderungen einen derartig weittragenden Unterschied machen soll und die Bürgschaftszeit um diese mitunter vielleicht recht lange Kündigungsfrist verlängern sollte, zumal auch in den Protokollen von einer derartig verschiedenen Behandlung nichts gesagt ist. Es heißt vielmehr dort[3]): „Steht dem Bürgen die Vorausklage zu, so schiebt sich zwischen den Ablauf der dem Gläubiger gesetzten Kreditzeit und die Inanspruchnahme

[1]) Bd. I, § 158 sub 4b.
[2]) Bd. II, zu § 777.
[3]) Prot. II, S. 485.

des Bürgen die Ausklagung des Hauptschuldners. Der Gläubiger müsse die Ausklagung unverzüglich beginnen und ohne schuldhafte Unterbrechung fortsetzen."

Von einer Kündigungsfrist ist hier nichts erwähnt. Auch aus der Haftung des Bürgen für die Kosten der Kündigung (§ 767 [2]) kann nicht darauf geschlossen werden, daß die Kündigung zur Einziehung gehört. Man kann vielmehr gerade daraus, daß die Kosten der Kündigung neben denen der Rechtsverfolgung besonders erwähnt sind, folgern, daß die Kündigung im allgemeinen nicht unter den Begriff Rechtsverfolgung, Einziehung, fällt.

Ferner spricht vor allem auch die geschichtliche Entwicklung der Zeitbürgschaft für das Erfordernis der Fälligkeit bei Zeitablauf. Im Preußischen, Sächsischen und Schweizerischen Rechte ging es unzweideutig aus dem Gesetzestexte hervor, daß die Hauptschuld bei Zeitablauf, zum mindesten bei Ablauf der Nachfrist fällig sein mußte.

Wenn nun das B.G.B. dieses Erfordernis nicht für notwendig erachtet hätte, dann würde sich unbedingt eine auf diese Abweichung hinweisende Bemerkung in den Protokollen, die ja sonst auf diese Rechte Bezug nehmen, finden oder aber der Text des § 777 wäre so einwandsfrei gestaltet worden, daß Zweifel über die abweichende Regelung nicht aufkommen konnten. Da dies nicht geschehen ist, so muß man m. E. darauf schließen, daß die Kommissionen eine Abweichung von den älteren Rechten nicht gewollt haben und von dem Gedanken ausgegangen sind, das Erfordernis der Fälligkeit der Hauptschuld bei Zeitablauf ergebe sich aus dem Sinne der ganzen Bestimmung.

Aus diesen Gründen möchte ich die von Cosack und Staudinger unterschiedenen beiden Fälle gleichmäßig behandeln und dahin entscheiden, daß beide Male der Bürge mit Ablauf der Zeit frei wird.

Denn unter „Einziehung betreiben" ein Ausdruck, der gleich „einziehen" zu setzen ist, versteht man das

Recht und die Pflicht des Gläubigers, alle gesetzlich zulässigen Mittel zu versuchen, um den Schuldner zur Leistung anzuhalten. Dazu gehört zunächst das „in Verzug setzen“ des Schuldners. Dies geschieht durch die Mahnung, die im Gegensatz zur Kündigung nicht vor Ablauf der Zeit, sondern erst unverzüglich nach Zeitablauf zu erfolgen braucht.

Aus dem Hinweis „nach Maßgabe des § 772“ ist nicht etwa zu schließen, daß der Gläubiger am Ende der Frist schon einen Vollstreckungstitel haben muß, also vorher schon klagen müßte, sondern es genügt, wenn er jetzt Klage erhebt, das Mahnverfahren betreibt, Zwangsvollstreckung vornimmt, Arrest beantragt, Antrag auf Konkurseröffnung stellt, die Forderung im Konkurse des Schuldners geltend macht und ähnliches.

Die Worte „nach Maßgabe des § 772“ wollen nur gleichzeitig sagen, daß bei Geldforderungen andere Zwangsvollstreckungsmaßregeln, als im § 772 aufgezählt, nicht vorzunehmen sind, um der Einziehung im Sinne des § 777 zu genügen.

Aus „Einziehen“ und „einziehungsfähig“ ergibt sich weiter, daß Einreden des Schuldners jetzt nicht mehr bestehen dürfen, denn dann kann der Gläubiger nicht „einziehen“. Das spätere Beseitigen nützt ihm nichts, der Bürge hat nicht bloß aus § 768 das Recht, sie geltend zu machen, sondern er wird frei.

Hat das „Einziehen“ des Gläubigers zu seiner Befriedigung nicht geführt, dann muß er unverzüglich nach Beendigung des Verfahrens dem Bürgen Anzeige machen.

4. Anzeige.

Inhalt derselben ist die Nachricht, daß er, der Gläubiger, den Bürgen in Anspruch nehme.

Die Ansichten über die juristische Natur der Anzeigen sind äußerst mannigfach und verschieden. Ich möchte der Meinung Kleins[1]) beipflichten, wonach die Anzeigen

[1]) S. 26/27.

als Rechtshandlungen, nicht als Rechtsgeschäfte anzusehen sind, da ihre Wirkungen ungewollt und rein ex lege eintreten. Dagegen herrscht von dem Zwecke der Anzeige des § 777 nur eine Auffassung. Die Anzeige soll dem Bürgen Klarheit über die Sachlage geben, sie soll ihm zu erkennen geben, daß er für die Hauptschuld einzutreten habe. Sehr oft wird sich diese Anzeige dadurch erübrigen, daß bei der Ausklagung des Hauptschuldners der Schuldner bereits dem Bürgen den Streit verkündet hat und dieser dem Hauptschuldner beigetreten ist. Es wäre unbillig, in diesem Falle noch einmal eine Anzeige an den Bürgen zu fordern. Andererseits genügt aber selbstverständlich nicht eine Anzeige darüber, daß die Klage gegen den Hauptschuldner beginnt. Denn hieraus kann ja der Bürge noch nicht unzweifelhaft entnehmen, ob er für die Hauptschuld aufzukommen hat. Denn ebensogut kann die Klage zur Befriedigung des Gläubigers führen und der Bürge aus diesem Grunde frei werden.

Daß auch diese Anzeige unverzüglich zu erfolgen hat, ist bereits oben erwähnt.

5. Selbstschuldnerische Bürgschaft.

Während diese Verpflichtungen — ich wiederhole unverzügliche Einziehung der Forderung, Fortsetzung des Verfahrens ohne wesentliche Verzögerung, unverzügliche Anzeige — dem Gläubiger in den Fällen auferlegt sind, in welchen dem Bürgen die Einrede der Vorausklage zusteht, sind die Bestimmungen für die selbstschuldnerische Bürgschaft wesentlich einfacher. Es genügt hier zum Fortbestande der Forderung, daß der Gläubiger dem Bürgen unverzügliche Anzeige erstattet und zwar auch erst unverzüglich nach Ablauf der Zeit. Auch hier müssen aber die Voraussetzungen der Fälligkeit und Einredefreiheit gewahrt sein.

Ich möchte hier noch zu der Frage Stellung nehmen, ob die einmal erfolgte Anzeige rücknehmbar ist, d. h. ob eine Zurücknahme der Anzeige rechtliche Wirkungen

zeitigt. Mit Kipp[1]), dessen Ansicht wohl auch als die herrschende anzusehen ist, möchte ich dies verneinen und zwar aus folgenden Gründen:

Die Folge der Anzeige ist der Fortbestand der Forderung; eine rechtlich wirksame Zurücknahme hieße den Fortbestand der Forderung wieder aufheben, käme also mit ihren rechtlichen Wirkungen einem Schulderlasse gleich. Hierzu ist aber gemäß § 397 B.G.B. ein Vertrag erforderlich. Es liegen auch ferner keine praktischen Bedürfnisse vor, welche die Möglichkeit der Zurücknahme der Anzeige notwendig erscheinen ließen. Denn es besteht natürlich für den Gläubiger nicht die geringste Verpflichtung, nach erfolgter Anzeige nunmehr auch den Bürgen sofort in Anspruch zu nehmen. Andererseits steht es ja auch dem Bürgen wiederum frei, seiner Haftung durch Erfüllung ein Ziel zu setzen. Es ist daher eine Zurücknahme der bereits erfolgten Anzeige als rechtlich unwirksam anzusehen.

6. Beweis.

Bei einer Klage des Gläubigers gegen den Bürgen hat den Beweis dafür, daß jener den ihm durch die Bestimmungen des § 777 aufgelegten Verpflichtungen nachgekommen ist, der Gläubiger zu führen. Dies ergibt sich klar aus den Worten des Paragraphen „wenn nicht“ und aus dem ganzen Sinne dieser Bestimmung. Denn es handelt sich hierbei um Tatsachen, durch welche ausnahmsweise die an sich wegfallende Haftung des Bürgen bestehen und erhalten bleibt.

7. Zusammenfassung.

Wenn wir nun das Ergebnis der bisherigen Ausführungen zusammenfassen, so müssen wir zugeben, daß in den Bestimmungen des § 777 im Gegensatz zur allgemeinen Bürgschaft eine dem Gläubiger auferlegte

[1]) Kipp, Seite 118, Planck zu § 777 Note 4, Oertmann zu § 777 Note 1, Klein S. 62.

Diligenzpflicht enthalten ist. Von mancher Seite[1]) wird allerdings auch für die Bürgschaft auf Zeit das Bestehen einer Diligenzpflicht des Gläubigers geleugnet, und zwar wird diese Behauptung damit begründet, daß das wesentliche Merkmal der Diligenzpflicht, den Bürgen zu schützen, hier fehlt. Die Bestimmungen des § 777 wären lediglich zugunsten des Gläubigers und nicht zugunsten des Bürgen gegeben. Ich kann jedoch dieser Auffassung aus folgenden Gründen nicht beipflichten:

Die Vorschriften des § 777 B.G.B. darüber, daß durch gewisse Handlungen des Gläubigers das Erlöschen der Bürgschaft mit Ablauf der Zeit verhindert wird, liegen nicht im Interesse des Gläubigers, sondern nehmen einmal die Interessen des Hauptschuldners wahr. Dem Gläubiger ist es an und für sich gleichgültig, ob er den Bürgen vor Ablauf der Zeit in Anspruch nehmen muß oder erst nachher. Würde aber die Bürgschaft stets mit Ablauf der Zeit untergehen, dann wäre der Gläubiger gezwungen, in allen Fällen, in denen dem Bürgen die Einrede der Vorausklage zusteht — und dies ist die überwiegende Mehrzahl — schon lange vor Ablauf der Zeit den Versuch zu machen, seine Forderungen von dem Hauptschuldner einzutreiben. Es würde dann sehr oft der Zweck dieser Bürgschaft, dem Hauptschuldner Gelegenheit zu geben, die Zahlungsschwierigkeiten innerhalb dieser Zeit zu überwinden, illusorisch gemacht werden. Ferner ist doch vor allem darin, daß der Gläubiger bei Anstrengung der Vorausklage jedes Verschulden zu vertreten hat, daß die geringste Nachlässigkeit, das geringste zeitliche Zögern — das nicht einmal einen materiellen Nachteil nach sich zu ziehen braucht — genügt, um den Bürgen von seiner Verpflichtung zu befreien, ein bedeutender Schutz des Zeitbürgen zu sehen.

Allerdings ist durch § 777 dem Gläubiger keineswegs zur Pflicht gemacht, beim Vorliegen gewisser Umstände z. B. drohende Zahlungsunfähigkeit sofort gegen den

[1]) Kaufmann, S. 11.

Hauptschuldner vorzugehen; dies gilt aber nur für die Zeit vor Ablauf der Frist.

Ich möchte daher dahin entscheiden, daß im § 777 dem Gläubiger gegenüber dem Bürgen eine Diligenzpflicht auferlegt ist, die jedoch auf die Zeit nach Eintritt des Endtermins beschränkt ist.

b) Im Umfang der Haftung.

Hat der Gläubiger seiner Diligenzpflicht genügt, dann ist aus der Bürgschaft auf Zeit eine gewöhnliche Bürgschaft geworden, die Forderung aus dem Bürgschaftsvertrage ist mit Ablauf der Zeit nicht erloschen, sondern sie besteht zeitlich unbeschränkt fort, und nur lediglich dem Umfange nach ist sie beschränkt, die einzige Abweichung, die noch daran erinnert, daß bei Übernahme der Bürgschaft ein bestimmter Endtermin gesetzt war, und der zweite Unterschied gegenüber der allgemeinen Bürgschaft.

Auch hier ist wiederum die Bürgschaft mit und ohne Vorausklage verschieden behandelt.

Es beschränkt sich bei der selbstschuldnerischen Bürgschaft die Haftung des Bürgen auf den Umfang, welchen die Hauptverbindlichkeit bei Ablauf der Zeit hatte.

Sonst haftet bei der allgemeinen Bürgschaft der Bürge für die verbürgte Schuld ihrem jeweiligen Bestande nach. Er haftet für alle Änderungen und Erweiterungen, welche die Schuld durch ein zu vertretendes Verhalten des Schuldners insbesondere durch Verzug erleidet.

Hier dagegen ist für den Umfang der Haftung der Bestand der Forderung bei Zeitablauf maßgebend. Es ist nun allerdings nicht ausgeschlossen, daß bis dahin die ursprüngliche Schuld angewachsen ist, z. B. durch Zinsen und Verzug, andererseits geht wieder ab, was der Gläubiger eventuell von dem Hauptschuldner beitrieb. Aber Änderungen, welche die Hauptschuld nach diesem Zeitpunkte erleidet, berühren den Bürgen nicht; so braucht er z. B. für später fällig werdende Zinsen nicht aufzukommen.

Stand dem Bürgen die Einrede der Vorausklage zu, dann wird die Bürgschaftszeit um die Zeit der Ausklagung verlängert, und für die Haftung des Bürgen ist der Umfang der Hauptverbindlichkeit zur Zeit der Beendigung des Verfahrens maßgebend, so daß hier auch stets die Prozeßkosten und Verzugszinsen zur ursprünglichen Schuld zuzuschlagen sind.

§ 4.

Abweichende Parteivereinbarungen.

Es ist weiter zu prüfen, ob nun dieser Paragraph ohne weiteres auf jede Bürgschaft auf bestimmte Zeit für eine bestehende Verbindlichkeit Anwendung findet. Diese Frage ist zu verneinen. Der § 777 enthält nur dispositives Recht. Nicht auf jede Bürgschaft dieser Art sind seine Bestimmungen zutreffend, sondern es ist in erster Linie der Parteiwille bei Abschluß des Bürgschaftsvertrages zu prüfen, und nur dann, wenn sich aus der Absicht der Parteien — ausdrücklich oder stillschweigend — nichts anderes ergibt, ist der Vertrag nach § 777 auszulegen.

So erblickt z. B. das Reichsgericht[1]) einen Verzicht auf die Zeiteinschränkung schon darin, daß der Bürge, der sich auf bestimmte Zeit verbürgt hat, der Stundung des Kapitals seitens des Gläubigers gegenüber dem Hauptschuldner auf „einige Zeit" zustimmt. Damit gibt er die Beschränkung seiner Haftung auf eine bestimmte Zeit auf. Wollte er sich die Anwendung des § 777 sichern, dann hätte er wiederum einen bestimmten Endtermin setzen müssen. Dieser Mangel an zeitlicher Begrenzung kann auch nicht etwa durch richterliches Ermessen ersetzt werden.

Ferner ist es sehr wohl denkbar, daß sich der Bürge in dem Sinne verbürgt, daß er innerhalb einer bestimmten Zeit in Anspruch genommen sein muß. Geschieht dies nicht, wird er frei.

---

[1]) R.G.E. in J. W. 1903 S. 115.

Oder es verbürgt sich jemand in der Weise, daß er für die Zahlungsfähigkeit des Hauptschuldners bis zum Ablauf einer bestimmten Zeit einstehen will. In diesem Falle wird er auch ohne weiteres über den Ablauf der Zeit hinaus haften, sobald der Gläubiger den Beweis erbringt, daß der Hauptschuldner während dieser Zeit zahlungsunfähig geworden ist.

Also nur, wenn sich aus dem Parteiwillen bei Vertragsabschluß nichts anderes ergibt, kommen die Bestimmungen des § 777 zur Anwendung.

§ 5.

Verpfändung auf bestimmte Zeit.

Die Bestimmungen des § 777 B.G.B. hat das Reichsgericht in einer Entscheidung vom 1. April 1908[1]) zum Teil auf den ähnlichen Fall einer Verpfändung auf bestimmte Zeit angewendet. Läßt sich dies rechtfertigen?

Besondere Bestimmungen über diese Verpfändung auf Zeit sind im B.G.B. nicht gegeben, und es ist daher die nächstliegende Auslegung die, daß die allgemeinen Regeln über die Beendigung eines Rechtsgeschäfts durch Eintritt eines Endtermins zur Anwendung kommen, d. h. daß die Pfandbestellung mit Zeitablauf erlischt (§§ 163, 158 Abs. 2 B.G.B.). Nun sind aber Bürgschaft und Pfandbestellung für fremde Schuld so engverwandte Begriffe, daß es merkwürdig erscheint, wenn bei beiden die Festsetzung eines Endtermins solche wesentlich verschiedenen Erfolge erzielen sollte, und es liegt der Gedanke nahe, bei der Verpfändung auf bestimmte Zeit die Vorschriften des § 777 analog anzuwenden.

Analoge Rechtsanwendung ist auf dem Gebiete des B.G.B. zugelassen, und schon wiederholt hat auch das Reichsgericht davon Gebrauch gemacht.

Unter Analogie — gemeint ist Gesetzesanalogie, denn nur diese kommt hier in Betracht — versteht man die

[1]) Bd. 68 S. 141 ff.

Anwendung eines einzelnen bestimmten Gesetzes auf Fälle, die dieses Gesetz nicht regelt, die aber einen wesentlich gleichen oder rechtsähnlichen Tatbestand haben und bei denen der innere Grund dafür spricht. Und dies ist bei diesen beiden Rechtsgeschäften der Fall.

Bürgschaft und Pfandbestellung für fremde Schuld fallen unter den weiteren Begriff der kumulativen Interzession; sie unterscheiden sich nur dadurch, daß die Bürgschaft eine persönliche und unbeschränkte, die Pfandbestellung dagegen eine dingliche als auf die Sache beschränkte Haftung bewirken.

Sie bezwecken beide die Sicherung des Gläubigers.

Bürge und Verpfänder haben gemeinsam das Interesse, daß der Gläubiger zunächst Befriedigung beim Hauptschuldner sucht, es liegt ihnen nicht das geringste daran, nach Fälligkeit der Forderung sofort in Anspruch genommen zu werden; erscheint dem Verpfänder der Gläubiger zu lässig, kann auch er ebenso wie der Bürge seiner Haftung dadurch ein Ziel setzen, daß er die Schuld zahlt (§ 1223 Abs. 2) und dadurch die Forderung gegen den Hauptschuldner erwirbt.

Hat nun der Verpfänder seiner Haftung durch Einsetzen eines Endtermins ein Ziel gesetzt, so wird es hierbei auch im allgemeinen nicht seinen Interessen entsprechen, wenn der Gläubiger dadurch verpflichtet wäre, ihn noch vor Ablauf der Zeit in Anspruch zu nehmen; es wird ihm vielmehr vollkommen genügen, bei Ablauf der Zeit zu wissen, woran er ist, und gleichzeitig sich darauf verlassen zu können, daß die Schuld ihrem Umfange nach mit Eintritt des Endtermins begrenzt ist.

Auch der Verpfänder auf bestimmte Zeit will gleich dem Zeitbürgen dem Schuldner Gelegenheit geben, sich während der Zeit von mißlichen Geldverhältnissen zu erholen, andererseits will er aber nicht zu lange an seine Verpflichtung gebunden sein, sondern mit Zeitablauf Gewißheit haben, ob er nun seine verpfändeten Werte freibekommt.

Allerdings liegt Ungleichheit zwischen Bürgschaft und Verpfändung darin, daß hier dem Gläubiger nicht bloß ein obligatorisches Recht gegen einen Dritten, sondern ein dingliches Recht zusteht, das jederzeit realisierbar ist. Es könnte daher Geltendmachung dieses Rechts innerhalb der Zeit gefordert werden. Wenn man aber näher betrachtet, in welcher Weise diese Geltendmachung geschehen muß, wird man dieser Ansicht nicht beipflichten können.

Das Realisieren des Pfandrechts stellt sich verschieden dar, je nachdem es sich um ein Pfandrecht an Sachen oder Rechten handelt. Im ersteren Falle hat zunächst eine Androhung des Verkaufs gemäß § 1234 B.G.B. zu erfolgen. Diese hat den Zweck, den Verpfänder davon in Kenntnis zu setzen, daß und in welcher Höhe sein Pfand in Anspruch genommen wird. Sie gleicht also praktisch der Anzeige. Erst einen Monat nach der Androhung kann der Gläubiger den Verkauf vornehmen.

Völlig dem Zweck der Verpfändung auf Zeit würde es nun widersprechen, ein völliges Durchsetzen des Pfandrechts, also Androhung und Verkauf, innerhalb der Zeit zu fordern. Denn dann müßte der Gläubiger schon einen Monat vor Zeitablauf androhen, mit anderen Worten bereits zu diesem Zeitpunkte müßte Verkaufsberechtigung, also Fälligkeit der Forderung eingetreten sein.

M. E. braucht nicht einmal die Androhung innerhalb der Zeit zu erfolgen. Denn wenn wir bedenken, daß im gleichen Falle der Bürgschaft auf Zeit durch einfache Anzeige nach Zeitablauf der Gläubiger sich den Fortbestand sichert, — der Verpfänder einer Sache gleicht dem Bürgen, dem das Recht auf Vorausklage nicht zusteht, — so erscheint es unbillig, im Falle der Verpfändung auf Zeit strengere Anforderungen an die zur Aufrechterhaltung der Sicherung erforderliche Tätigkeit des Gläubigers zu stellen, zumal auch damit den Interessen des Pfandbestellers in keiner Weise gedient ist.

Ich trage daher keine Bedenken, beim Vorliegen einer Verpfändung von Sachen für eine bestehende fremde Schuld

auf bestimmte Zeit eine analoge Anwendung der Bestimmungen des § 777 B.G.B. für zulässig zu erklären, so daß auch hier die unverzügliche Androhung nach Ablauf der Zeit zur Aufrechterhaltung der Pfandhaftung genügt und die Haftung auf den Umfang beschränkt ist, den die Hauptverbindlichkeit bei dem Ablauf der bestimmten Zeit hat.

Etwas anders liegt die Sache bei der Verpfändung von Rechten. Hier kann der Gläubiger seine Befriedigung nur auf Grund eines vollstreckbaren Titels im Wege der Zwangsvollstreckung erlangen (§ 1277). Das Erlangen dieses vollstreckbaren Titels innerhalb der Zeit zu fordern, widerspricht dem Zwecke der Verpfändung auf Zeit. Andererseits dürfte aber auch eine bloße Anzeige an den Verpfänder nach Zeitablauf zur Aufrechterhaltung des Pfandrechts nicht genügen. Man wird vielmehr analog der Zeitbürgschaft mit Vorausklage fordern müssen, daß der Gläubiger unverzüglich nach Zeitablauf die Ausklagung gegen den persönlichen Schuldner beginnt, einen vollstreckbaren Titel erwirbt und nach Beendigung des Verfahrens dem Verpfänder unverzüglich Anzeige macht.

Ist der Gläubiger diesen Verpflichtungen nachgekommen, dann haftet der Verpfänder weiter, aber nur auf den Umfang, den die Hauptverbindlichkeit bei Zeitablauf hatte.

Ebenso wie bei der Zeitbürgschaft müssen auch bei der Verpfändung auf Zeit die Voraussetzungen der Fälligkeit und Einredefreiheit der Hauptschuld bei Zeitablauf vorhanden sein.

Eine solche analoge Anwendung des § 777 auf die Verpfändung auf Zeit dürfte den Interessen aller Beteiligten entsprechen. Von ihr wird natürlich nur dann Gebrauch gemacht werden können, wenn aus dem Parteiwillen sich nichts anderes ergibt.

Lebenslauf.

Am 10. März 1885 wurde ich, Julius Oskar Viertel als Sohn des Rentiers (früheren Landwirts) Julius Viertel und seiner Ehefrau Auguste, geb. Gerte, in Breslau geboren. Ich bin evangelischer Religion und preußischer Staatsangehöriger.

Meine Vorbildung erhielt ich auf dem Königl. König-Wilhelms-Gymnasium zu Breslau und bestand Ostern 1903 die Reifeprüfung.

Hierauf studierte ich sieben Semester an den Universitäten Freiburg i. Br. und Breslau die Rechts- und Staatswissenschaften.

Am 23. Juli 1907 bestand ich in Breslau die erste juristische Prüfung.

Nach Beendigung meines Vorbereitungsdienstes am Amtsgericht in Lüben i. Schles. wurde ich dem Landgericht in Breslau überwiesen.

Am 13. August 1909 trat ich als Jurist in die Dienste der Allgemeinen Versicherungs-Aktiengesellschaft Viktoria (Haftpflicht-Abteilung) in Berlin und wurde nach längerem Urlaub am 9. März 1910 auf meinen Wunsch hin endgültig aus dem Justizdienste entlassen.

Am 16. Dezember 1910 bestand ich das mündliche Doktorexamen.

Herrn Professor Dr. Schott sage ich für die freundliche Hilfe bei Anfertigung vorliegender Arbeit meinen verbindlichsten Dank.